

合同默示制度研究

(厦大 98 级法律硕士班 林承日)

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士论文摘要库

内 容 摘 要

合同默示制度是合同法中的一项重要制度，合同法的大部分领域都涉及到合同默示制度。但合同法理论对其研究是比较零碎不系统的。研究本课题目的在于，通过对合同默示制度的各项内容进行探讨，祈求对丰富和完善合同默示制度理论及合同法理论有所裨益，并希望能为司法实践提供理论指导，为立法完善提供理论依据。

本文采用比较和分析的方法对合同默示制度进行探讨。共分四章：

第一章，合同默示行为。首先，阐明了默示的涵义，论述了默示与明示、默示与沉默的区别，揭示了默示的构成要素，并对默示意思推定进行了论述，意旨在于能使人们对合同默示行为有比较系统化、理性化的认识。其次，较为详细地论述了默示要约、默示承诺、默示欺诈、默示补正、默示预期违约、默示变更与转让、默示解除七种具体的合同默示行为，揭示了默示行为在合同订立、履行、变更、解除等环节的具体表现、涵义及有关法律问题，从而对合同默示行为作出比较全面的介绍。

第二章，合同默示形式。该章对大陆法、英美法、国际公约和我国合同法关于合同默示形式的有关规定进行了论述，旨在为我国合同形式的立法评价及完善提供依据。

第三章，合同默示条款。该章对默示条款的涵义、分类、内容表现进行了论述，并分析了我国合同法中所涉及的默示条款，力求为司法实践提供帮助。

第四章，合同默示制度的立法完善。该章对我国合同法默示制度存在的几个问题进行了检讨，并提出了七点完善立法的建议。

关键词 合同默示行为 合同默示形式 合同默示条款 立法完善

导 言

合同默示制度是民法中一项古老的法律制度。在远古的人类采集生活时代,就已出现了“沉默交易”,这种沉默交易可以说是合同默示制度的源头。在古罗马时代,人们就已经可以通过默示的同意达成合意成立契约,因此合同默示制度在古罗马法中已有体现、有所萌芽。

仔细对各国法律进行考察,不难发现,从古至今,无论是大陆法国家还是英美法国家的民事法律中始终不能不为合同默示制度之立法留有一席之地。默示制度与意思自治原则紧密相关,《法国民法典》、《德国民法典》倡导合同自由原则和遵循诚实信用原则,因此,合同默示形式、各种合同默示行为在法律中得到大量体现。《美国统一商法典》、《联合国国际货物销售合同公约》不仅在条文中明确具体规定了合同的默示形式、各种合同的默示行为,而且还规定了极具特色的默示条款。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)借鉴法律发达国家的经验,也对合同默示制度作了大量规定。但是,应当承认,各国法律对合同默示制度的规定,基本上是松散地规定在合同法的众多领域中,没有清晰的条理性,很难使人对其有系统的认识,甚至是模糊的,这对法律的贯彻实施是不利的。

在民法理论研究中,对于默示合同制度的研究,还缺少深层次、系统性地探讨,可以说合同默示制度历史与理论学说之间发展是不平衡的。因此,无论从立法角度上,还是从司法角度上,合同默示制度都是民法学研究中一个有待进一步发掘和探讨的领域。

默示制度在合同法领域中占据重要地位,体现于合同法大部分制度,而在侵权行为法等其它领域是则较为少见,在继承法领域中有默示同意或放弃继承,在侵权行为法中有受害人默示同意放弃赔偿。合同法中的默示制度主要包括三项内容:合同默示行为;合同默示形式;合同默示条款。本文拟先从上述三项内容进行探讨,然后对我国合同法的完善提出一些建议,以求对合同法的立法完善和司法适用有所裨益。

第一章 合同默示行为

一、默示的基本理论

(一) 默示涵义

关于默示的定义主要有以下几种表述：

第一，“默示是指当事人用沉默的方式进行意思表示。默示是当事人通过不作为的形式进行意思表示。默示只有在法律有特殊规定的情况下，才能作为意思表示的形式。”^①

第二，“当事人互相表示意思一致者，无论其为明示默示，其契约为成立。以本来表示一定意思之方法为表示者，为明示，如文字、言语或动作（点头或举手）。以其他方法为表示，惟可依生活经验或其他情形或依任意法或解释法之规定，间接可推知之者，为默示。”^②

第三，“表示行为可分为明示（作为），亦可分为默示（不作为）。明示系以言语、文字或举动直接表示其意思。默示是指以其他方法（如不作为）间接的使人推知其意思之谓。”^③

第四，“明示指以言语、文字或其他习惯使用方法，直接表示其意思者，非一定要以文字为之（“写”非必属明示，应为要式书面之问题），如对店员说买钢笔，或甲以函向乙表示出售房屋。默示指依表意人之举动或其他情事，足以间接推知其效果意思者而言，如受要约后，即前往打扫，即为默示承诺”。^④

第五，“默示的意思表示是指当事人的某些行为，其本身并非为了使他人知晓其订立合同的意愿，然而，通过这些行为，他人可以合乎逻辑地推断出当事人某种意愿的存在。这些行为虽然不具有与明确表示同等的价值，但仍可以作为意愿的一种表现形式，只不过必须对行为作出适当的解释以揭示当事人的意

^① 王利明、方流芳、郭明瑞著：《民法新论》（上），中国政法大学出版社 1988 年版，第 373 页。

^② 史尚宽著：《债法总论》，台湾荣泰印书馆股份有限公司 1954 年版，第 15 页。

^③ 陈元雄著：《民法总则新论》，台湾三民书局股份有限公司 1982 年版，第 505 页。

^④ 林诚二著：《民法总则精要》，台湾瑞兴图书股份有限公司 1992 年版，第 98 页。

愿。”^①

第六,“不以行为直接表示其意思,唯藉他种事实,可以推知其意思之表示者,谓之间接表示,亦称默示。”^②

第七,“默示是指行为人以使人推知的方式间接表示其内在意思的表意形式。”^③

上述对默示概念的定义大体包含了以下几个共同点:一是默示是通过一定的行为方式进行的;二是默示是一种意思表示;三是默示是须间接推知意愿的表意形式。上述定义的主要不同之处在于:第一种定义认为,默示是用沉默方式、不作为方式进行的,按照这一定义,默示是不包括作为的默示。笔者对这种观点不敢苟同,理由有二:(1)从法理上看,虽然作为是一种积极行为,是一种将内在意志表达于外部的行为,但是作为所表达的意思有两种情况:一种是直接地明确表达、无须推定,还有一种是间接地隐含表达、需要推定。后一种的作为显然应属默示范畴,因此,默示既包括作为的默示,又包括不作为的默示。(2)从现有法律规定看,最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第66条明确规定,默示包括作为的默示和不作为的默示。第二至第七种定义涵义基本相近,无本质上的差别,只是文字表述不同而已。笔者对第二至第七种定义基本上持认同态度,其中第七种定义尤为科学合理,在内涵上能反映默示的间接表达和需要推定的特征,在外延上较为恰当地将其界定为“表意形式”,在表述上做到高度概括,文字精炼,而其他几种定义存在逻辑上不够严谨或表述上不够概括精炼的缺陷。

默示是意思表示的一种方法,具体又可以分为作为默示和不作为默示两种。所谓作为默示,是指当事人通过有目的、有意义的积极行为将其内在意志表达于外部,从而使他人可以根据常识、交易习惯或者相互间的默契,推知当事人已作某种意思表示。“该形式具有心照不宣的特点,一般适宜于就简单或能即时清结或实践性或延续性或惯例性等事项而实施民事法律行为时采用”。^④所谓不作为默示,是指既无言语表示又无行动表示的消极行为,在法律有特别规定或当事人有特别约定时,即可用作意思表示的形式。

^① 尹田著:《现代法国合同法》,法律出版社1995年版,第42页。

^② 梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第102页。

^③ 董安生著:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第235页。

^④ 参见柳经纬、齐树洁、施信贵著:《中国民法》,厦门大学出版社,1994年版,第125页。

默示与明示的区别标准是在于意思表示的方法。对此,有二种不同学说:一是主观说,该说是以表意人的意思为区别标准,认为表意人专为表示该意思而为表示行为的,是明示;表意人虽表示其他意思,但他人得推知其所表示的意思的,是默示。二是客观说,该说是以表意人表示方法为区别标准,认为使用语言、文字或习惯上通常用为传达意思的手段而为意思表示的,是明示;不使用言语、文字及其他习惯上常用之表达手段而为意思表示的,是默示。^①笔者倾向于第二种意见,因为明示与默示的目的意思要素和效果意思要素基本上是相同的,他们最显著的不同点在于他们之间的表示行为要素,因此客观说以表意人表示行为的方法为区别标准,更为科学,更有区别力。

具体而言,默示与明示的区别主要有:第一,表达方式不同。明示意思表示的表达方式是直接的,如语言形式、文字形式;而默示意思表示的表达方式则是间接的。第二,内在意思是否需要推定不同。明示意思表示是明确的,无需经过推定即可知晓当事人的内在意思,而默示意思表示则需要经过推定才能知晓当事人的内在意思。英国学者 P·S·阿蒂亚认为:“明示合同与暗示合同的区别仅仅在于:在明示合同中,双方当事人的意思表示是通过许多词句明确地表达出来的;而在暗示合同中,双方当事人的意思表示是通过他们的行为及合同总的情况分析推断出来的”。^②

至于默示与沉默,笔者认为应当按如下加以区分。第一,沉默与不作为的默示在行为方式上具有共同之处,即都表现为未作出任何表示行为。在一般情况下,沉默是不能视为意思表示,但是,在法律上、契约上有特别规定或有特别约定的情况下,沉默可以转化为不作为的默示,即可以视为意思表示。“沉默是指无所言语,因此,在常态下沉默不作为民事法律行为的形式。然而,在变态下,沉默也可被特别地赋予特定的意义,使其有所代表,从而可作为民事法律行为的形式。”^③例如,一般情况下,甲对乙的要约未作反应,保持沉默,那么甲的沉默不能视为意思表示。但是,如果甲乙之间事先有约定,在一定期间对要约未作出拒绝,即视为承诺,那么甲的沉默就转化为不作为的默示,视

^① 史尚宽,前引书,第320页;陈元雄著:《民法总则新论》,台湾三民书局股份有限公司1982年出版,第511页。

^② [英]P·S·阿蒂亚著:《合同法概论》,程正康、周忠海、刘振民译,法律出版社1982年版,第33页。

^③ 柳经伟、齐树洁、施信贵,前引书,第125页。

为接受了乙的要约。第二，作为的默示与沉默有明显不同，沉默未作为任何表示行为，而作为的默示则有间接的表示行为，人们可以从该表示作为推定出其内心意向。

（二）默示之构成要素

1、意思表示的构成要素

意思表示的构成要素是指构成某项意思表示所必须具备的事实要素。按照民法理论的一般认识，意思表示构成要素应严格区别为内在意思和外在表示两个方面。前者是指明意思表示的内容，又称为主观的意思要素，后者是指明意思表示的外部表现，又称为客观的表示行为。学者们对此并无争议。^①

对于意思表示的构成要素，主要有以下几种观点：第一种观点认为，意思表示的要件有三项，即须有效果意思、须有表示意思、须有行为意思^②；第二种观点认为，意思表示形成的过程可以分为三个阶段，即动机、效果意思、表示行为，在通常情况下动机不是意思表示的构成要素，动机只在附条件的法律行为等少数场合才有意义，效果意思和表示行为是意思表示的两个必备要素^③；第三种观点认为，意思表示的构成要件包括目的意思、效果意思和表示行为。^④

笔者赞同第三种观点。上述几种观点对表示行为作为意思表示的客观构成要素，效果意思作为意思表示的主观构成要素，意见一致，没有争议。而目的意思之所以也应成为意思表示不可缺少的主观要素，是因为它指明着特定表意行为的具体内容，是意思表示据以成立的基础。目的意思是不依赖于效果意思而独立存在的，它不能被效果意思所取代。如果否认目的意思具有独立的意义，必然意味着行为人对其目的意思和效果意思必须同时表示，必然意味着禁止当事人在合同成立前磋商尚无约束力的协议内容。这与我国《合同法》有关规定相违背，如根据我国《合同法》第33条的规定，当事人可以在合同成立之前对合同内容进行协商，该条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”实际上，在现实生活中广泛存在着暂无效果意思的协议，因此，否认目的意思的独立存在也

^① 董安生，前引书，第223-224页。

^② 参见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第221-222页。

^③ 刘春茂主编：《法律学全书·民法学》，中国人民公安大学出版社1992年版，第112-114页。

^④ 董安生，前引书，第225页。

与社会客观情况不相符。可见，在意思表示的主观要素中，目的意思和效果意思均有存在的必要。

2、默示意思表示的构成要素

不同种类的默示意思表示，其构成要素是不同的：

作为的默示意思表示的构成要素与一般的意思表示的构成要素是相同的。在主观构成要素上，行为人须有指明作为行为的具体内容的目的意思，须有欲使其内容引起法律上效力的效果意思；在客观构成要素上，行为人具有表示行为，即作为。所谓作为，在法律上是指积极的法律行为，它通过行为人的有意识的活动直接产生法律结果的行为。

不作为的默示意思表示的构成要素比较复杂，由于不作为的本身特点，决定了不作为的默示意思表示具有特殊性，其构成要素只有“目的意思”、“效果意思”，没有“表示行为”这一要素。所谓不作为（沉默），是指行为人以被动的不为任何行为（不作为）进行意思表示的形式。其特点是：（1）在行为人的沉默之前已存在对方当事人主动的意思表示或某种法律事实，行为人只是被动地对该意思表示或法律事实以沉默的形式作意思表示；（2）行为人未为任何行为，但其意思根据法律规定或当事人约定可以推定。由于具有上述特点，决定了不作为的默示意思表示实际上不具有“表示行为”这一要素，其“目的意思”和“效果意思”也是法律有规定或当事人有约定的前提下进行推定的。

（三）默示意思之推定

推定是指根据事实之间的常态联系，当某一事实存在时，推引另一不明事实存在。按有无法律规定，推定可分为法律推定和事实推定。法律推定是立法者根据两个事实之间的常态联系，在法律上规定，当已知事实 A 存在的情况下，推定事实 B 存在。法律推定又称立法推定。事实推定是在诉讼过程中，司法人员根据两个事实之间的常态联系，在事实 A 已经明确的情况下，推定事实 B 存在。事实推定又称司法推定。按推定的内容，推定可分为对实体事实的推定和对程序事实的推定。前者如能力推定、意思推定、责任推定。^①

意思推定是指根据某一情况（基础事实 A 存在）推定某人具有某种内心意愿。“在某种法律关系，依法律之规定，视为有特定内容之意思表示者，是为

^① 参见陈桂明：《论推定》，《法学研究》1993 年第 5 期，第 46-47 页。

意思表示之推定。”^①法律对意思推定常用“视为”词语进行表达，如我国《合同法》第158条第1款和第2款规定：“当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物数量或者质量符合约定。当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定。”

默示意思之推定是指在行为人无口头、书面等直接意思表示时，从其间接的意思表示中以逻辑推理的方法或按照生活习惯推定出行为人的真实意思。它往往还指一方当事人并不直接表明内在意愿，只是作出某种积极的行为，另一方根据这种行为推断出对方的内在意愿。

按行为的方式，可以将其分为作为的默示之意思推定和不作为的默示之意思推定。作为的默示意思推定，如我国《合同法》第37条规定：“采用合同书面形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”这里的“当事人一方履行主要义务”和“对方接受”都是属当事人作为的事实，根据该事实可以推定当事人同意成立合同的意思表示。不作为默示通常不能用来作为意思表示，只有法律对此有专门规定的情况下，才可用来作为意思表示。这种不作为的默示意思推定是行为人没有作出任何积极的意思表示（口头、书面、作为），即不作为、不行为。但法律又要求行为人在某些特定情况下必须作出积极的意思表示。所以，法律把行为人的不行为视为某种意思表示。从这个意义上说，意思表示确是推定的，但其法律认定的效力则是绝对的、不可改变的。如我国《合同法》第236条规定：“租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续。”这里的“承租人继续使用租赁物”是一种作为的事实，据此可以推定承租人具有订立和履行原合同的要约的意思表示。而“出租人没有提出异议”是一种不作为的事实，法律据此推定出租人已同意承租人的要约的意思表示。

二、几种具体合同默示行为

默示行为在合同订立、履行、变更、转让和解除等环节中均有存在，主要

^① 梅仲协著：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第102页。

有默示要约、默示承诺、默示欺诈、默示补正、默示变更、默示转让、默示解除。

（一）默示要约

要约是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人所作的意思表示。我国《合同法》第14条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示。”

要约是否可以默示形式发出？法学界对这一问题存在争议。有的学者认为，要约必须采取明示形式而不能采取默示形式。^①也有学者认为，要约也可以采取默示形式，如我国大陆学者余延满认为：“要约须表明，一旦受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。表明这种意旨，既可以是明示的，也可以是隐含的。判断要约是否具有此种意旨，一般应从要约实际所用的语言或文字、当时之情形、要约的对象、要约的表示是否明确与完整等方面综合考虑加以判断。”^②

从各国法律规定看，有不少国家或多或少认可要约是可以以默示形式发出。

英美法对要约是否可以采取默示形式基本上持肯定态度。英美法认为，所谓要约，实际上是要约人为某种行为或不作为的一种许诺，这种要约有效成立的条件是，承诺人接受要约，并支付对价。要约可以是明示的，也可以是隐含的，还可以是某种行为。^③英国学者阿蒂亚认为：“要约的提出不需要用很多言辞，事实上，可根本不用言辞。当然，它可以用要约这个词明确地提出，但同样地要约也可以从要约人的言辞中暗示出来，或者甚至从要约人的行为中推断出来。”^④英国合同法对要约的形式并没有特别的规定和要求，当事人提出要约的方式可以是多种多样的，如当事人以口头、电话、电报、书信、传真等形式，或者直接以行为发出的要约，均属有效。如，英国法律通常认为，公共汽车或出租车的司机通常也以行为表示要约，他们把汽车开到指定的车站或准许停车的地方，并且停下来，即表示他发出了愿意运送乘客的要约，乘客登上汽车就表示接受要约，双方即成立有效的合同。^⑤

法国法认为，要约人必须将其订立合同的意愿以明确的外部形式加以表

^① 参见胡仕湘主编：《合同法通论》，河南大学出版社1990年版，第39页。

^② 余延满著：《合同法原论》，武汉大学出版社1999年版，第87页。

^③ 参见何宝玉著：《英国合同法》，中国政法大学出版社1999年版，第60页。

^④ [英]P·S·阿蒂亚著：《合同法概论》，程正康、周忠海、刘振民译，法律出版社1982年版，第42页。

现。其具体表现形式可以由要约人自由选择，包括明示的或默示的。当事人意思表示的默示形式主要表现为某种行为或态度。当事人实施这种行为或表现这种态度并非直接为了使相对方知晓其内心意愿，其意愿是被相对方推断出来的。

②根据《法国民法典》第 1738 条的规定，租赁合同期满后承租人继续滞留于出租的房屋，以此表示其更新租赁合同的意愿。这种情况下，承租人于租赁合同期满后滞留于出租房屋的情形应属默示的要约，只要出租人表示接受，则新的租赁合同即可成立。

应当指出，对要约中的保留条件也应当是可以默示的。所谓保留条件，是指提出订立合同建议的人对其建议采取的一种限制。依不同的情形，这种限制可以表现为对订立合同的最后决定权的保留，也可以表现为对合同在特定条件下成立的决定权的保留。前一种情况发生于某些特定的合同，在这种合同中，提出建议的人保留了拒绝同自己认为不合适的任何人订立合同的权利；后一种情况则发生于特定财产的买卖合同，在这种合同中，当事人保留了单方面改变价格的权利。就表现形式而言，保留条件可以是明示的，也可以是默示的。如果当事人将保留条件正式附加于提议内容中，是为明示的保留条件；反之，如果保留条件仅能通过外部客观情况加以判断，则为默示的保留条件。保留条件的表现形式主要决定于提议针对的对象。如果提议是向特定的人发出，则其保留条件应采取明示；如提议系向公众发出，则其保留条件可以采取明示，也可以采取默示。例如，商品一览表中注明，某些物品“数量有限”，这可视为明示的保留条件，即订约提议的效力的终止以“库存耗尽”为准；但不妨将之视为默示的保留条件。但应注意的是：当合同涉及到对相对当事人的特定人身条件时，在向公众发出的提议中，一般都包含了默示的保留条件，即保留了发出提议的要约人订立合同的最终决定权。③

我国《合同法》的一些条款也是认可，要约是可以以默示形式发出，如《合同法》第 236 条规定，租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效。这里的“承租人继续使用租赁物”，就是属默示要约。

① 参见何宝玉著：《英国合同法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 61 页。

② 尹田，前引书，第 43-44 页。

③ 同上，第 45 页；余延满著：《合同法原论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 87 页。

（二）默示承诺

所谓承诺，是指受要约人同意要约的意思表示。受要约人应当通过何种方式将承诺的意思送达给要约人？笔者认为，应根据以下不同情况而定：第一，在要约中有规定关于承诺的方式的情况下，则原则上应该符合要约的规定，也就是说，要约人可以在要约中规定各种承诺的方式。只要这些方式不违反法律和公序良俗，都应当对受要约人产生拘束力。受要约人必须按照要约的规定方式来作出承诺。需要探讨的是，要约人对承诺的方式有明确规定时，承诺是否须采取要约中规定的方式才能产生承诺的效力呢？对此，《意大利民法典》第1326条规定：“当要约人对承诺要求特定形式时，如果承诺以不同于要求的形式发出，则该承诺无效”。我国《合同法》对此未作规定。笔者认为，如果要约中明确约定承诺必须以一定方式作出、否则承诺无效，那么根据要约的拘束力和意思自治原则，此约定为有效，因此承诺人作出承诺时，必须符合要约人规定的承诺方式，否则承诺无效。如果要约没有特别规定承诺的方式，则不能将承诺的方式作为有效承诺的特殊要件。第二，如果要约没有对承诺方式作出特别规定，则受要约人可以采用如下方式来表示承诺：（1）明示承诺，即以口头或书面的方式表示承诺，这种方式是在实践中经常采用的。一般来说，如果法律或要约中没有明确规定必须用书面形式承诺，则当事人可以用口头形式表示承诺。（2）默示承诺，即受要约人没有明确地以书面形式或者口头等形式直接表示同意要约，但通过其实施一定的行为或者其他方式间接作出承诺。例如，某体委向某自行车厂去函，要求订购50辆某种型号的跑车，信中要求在一个月内给予明确答复。自行车厂没有回函，但却于10天后向某体委发送了该种型号的自行车。上述情况中，体委向自行车厂去函要求购买自行车的行为属要约的意思表示，自行车厂的发货行为则是一种以作为的默示方式作出承诺。

默示承诺可以分为作为的默示承诺和不作为的默示承诺。

作为的默示承诺，一般都被立法所认可。《美国统一商法典》第2-206条就有关货物销售问题规定，一项要约可以采取任何合理的方法予以承诺，包括开始实施某行为。《美国合同法重述》第32节和第62节也规定了一项类似的原则，“从而确立了实施或履行的方式—实践承诺与语言（文字、口头）承诺，犹如一条有两侧的大街，并行不悖。因而受要约人的履行被认为是等同于一项明

示表达的许诺。”^①英国法认为，对要约的承诺是用文字或行为按要约人所规定的或指定的方式对要约的条款予以同意的表示。^②除了以口头或者书面形式作出承诺外，当事人也可以通过行为作出承诺，只要受要约人怀着接受要约的意图，并且采取了被认为是承诺的行动。或者，法院也可以从当事人的行为中，隐含地推断出该当事人已经作出了承诺。^③在法国，默示承诺比默示的要约更为常见，其中包括推定行为方式。^④《瑞士民法典》第6条专门对默示承诺进行了规定：“因法律行为的特别性质或依照情势，并不期待书面承诺的，而要约未在合理的期间内拒绝的，契约视为缔结。”《联合国国际货物销售合同公约》第18条第（3）项规定：“根据该要约依照当事人之间确立的习惯做法或惯例，受要约人可以做出某种行为，例如与发运货物或支付价款有关的行为来表示同意”。这一规定肯定了受要约人可通过作为的默示方式来表示承诺。《国际商事合同通则》第2·6条第（3）项同样也规定，根据要约本身，受要约人可以通过作出某行为来表示同意。《欧洲合同法原则》第2:204条规定：“受要约人作出的任何形式的陈述或行为，一旦它表明了对要约的同意，即为承诺。”我国《合同法》第22条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”据此规定，一般而言，承诺应采取通知的方式（明示的方式），“通知的方式”是指受要约人以口头形式或者书面形式明确告诉要约人同意要约内容。除了通知方式以外，承诺的表示还可以通过“行为”作出，该行为必须是人们通过它可以依照交易习惯或者要约的规定能判断受要约人作出承诺的行为。

不作为的默示承诺，也被不少国家立法和法学理论所认同。英国法认为，可以通过沉默无言作出承诺，“如果被要约人未能答复一项要约，按原则很难理解他的沉默和无所作为为何能起到承诺的作用。因为实际上总会有未经通知要约人的承诺。但是假定要约人已表示放弃通知，被要约人通过沉默表示该项承诺也就够了。”^⑤《德国商法典》第362条规定：“在买方向卖方送达了订货单，

^① [美]希尔斯坦著：《合同法理论与判例研究》，杨明成等译，重庆出版社1998年版，第56页。

^② 参见[英]A·G·盖斯特著：《英国合同法与案例》，张文镇等译，中国大百科全书出版社1998年版，第41页。

^③ 何宝玉，前引书，第103页。

^④ 尹田，前引书，第52页。

^⑤ [英]A·G·盖斯特，前引书，第41页。

而该订单对双方意味着如无异议合同将生效的情况下,则卖方的沉默将产生承诺的效力。”由此可见,在德国的法律规定中,沉默也可以作为承诺方式。在法国沉默也是默示承诺的方式之一,主要有五种情况:第一,租赁合同的更新。《法国民法典》第1738条规定,租赁期满后,承租人仍占有租赁物的,而出租人不表示反对,则租赁合同以默示的方法得以更新。上述情况中,出租人的沉默被视为对承租人以默示方法提出的更新合同的要约的承诺。第二,保险合同的变更。根据法国保险法第112-2条的规定,当投保人要求变更保险合同或延长保险合同期限时,如果保险人在10日内未予答复,其沉默即视为对投保人要约的承诺。第三,习惯性合同的承诺。根据有关判例,当要约所涉及的是双方之间习惯性地签订的某一类合同时,相对方的沉默可被视为承诺。如当某顾客依以往的订货习惯向某商人发出订货要约时,该商人的沉默即被视为对订货单的接受(埃克斯法院1873年8月13日判决)。第四,根据商业习惯作出的推定。根据一般的商业习惯,在特定情况下,当事人的沉默可以被视为承诺。如有关判例根据巴黎商品交易所的习惯,除双方原已存在商业关系者之外,如果代理商收到正式的订货通知单后24小时内不用电报方式予以答复,视为同意接受(法国最高法院商事法庭1956年1月9日判决)。第五,纯利益行为的承诺。当要约的目的纯粹只为受要约人带来利益时,有关判例认定受要约人的沉默可视为承诺(法国最高法院第一民事法庭1973年12月5日判决)。^①日本民法556条第2项规定,出卖人限定相当期间并催告买受人,如到时买受人仍无答复,便不成交,但如果标的物已交付给买受人,过催告期后仍无答复者,视其为同意成交的默示意思表示。日本学者星野英一在论述第三人订立的契约问题时,主张可以用默示来表示受益,“在第三人对债务人作出接受契约利益的意思表示时,也可以用默示来表示受益的意思。”^②

我国最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第66条规定,不作为的默示只有在法律有规定或者双方当事人有约定的情况下,才可作为意思表示。《合同法》第171条对试用买卖的默示承诺进行了规定,“试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买。”可见,在我国沉默可以作为承诺的意思表示。在我国司法实践中,以下几种沉默是否应作为

^① 尹田,前引书,第52—54页。

^② 星野英一著:《日本民法概论IV》(契约),姚荣涛译,台湾五南图书出版公司1998年版,第56页。

一种默示承诺的方式，应予具体分析：第一，当事人双方约定：“在发出要约后的规定期限内不作答复，则视为承诺。”在这种情况下，沉默可为成承诺。如甲向乙询问价格时提出，一旦乙报价，甲在 10 天内不答复，则乙可以发货。如甲不答复即构成承诺。此种沉默不语实际上是双方约定的承诺方式。第二，当事人双方在经过反复的磋商后，已经达成了初步的协议，如甲方更改了初步协议中的某些条款，并要求乙方就这些条款的修改尽快作出答复，并提出如不在规定时间内作出答复，则视为接受。在这种情况下，乙如未答复，则乙的沉默构成承诺。第三，根据当事人之间先前的交易惯例以及当地的交易习惯，一方方向另一方发出要约以后，另一方应按习惯或惯例作出答复，却未答复，在这种情况下，沉默构成承诺。如甲按以往的惯例向乙发出订货要约，但乙在收到订单后，未采取以往惯常做法向甲发货，也未作出拒绝要约表示，则乙的沉默应视为对订货单的接受。第四，依据法律的规定当事人保持沉默，即视为承诺。如根据我国合同法第 171 条规定，试用买卖的买受人在试用期间届满，对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

默示承诺的生效时间应当如何确定？承诺生效的时间，是指承诺什么时候产生法律效力。承诺生效的时间直接决定了合同成立的时间，因此正确确定承诺生效的时间问题是极为重要的。对于明示承诺从何时开始生效，两大法系存在着截然不同的规定，大陆法采纳了到达主义，英美法采纳了发送主义。我国《合同法》采纳了到达主义，《合同法》第 26 条：“承诺通知到达要约人时生效。”对于默示承诺的生效时间的确定问题则更具复杂性，可以从下两个方面进行分析：第一，作为默示方式表示的承诺的生效时间的确定。根据交易习惯或要约的要求，受要约人可以通过某种行为作出承诺的，该承诺何时生效呢？德国法、日本法规定，以行为方式表示的承诺在有承诺的事实时生效。《德国民法典》第 151 条第 1 款规定：“依交易上习惯，承诺无需向要约人表示，或要约人预先声明承诺无需表示者，虽未向要约人表示承诺，于可认为有承诺的事实时，契约也认为成立”。《日本民法典》第 526 条第 2 款规定：“依要约人意思表示或交易习惯，不需承诺通知时，则契约于已有可认为是承诺意思表示之事实成立。”意大利法律规定，自开始履行时起生效，《意大利民法典》第 1327 条第 1 款规定：“在要约人的提议，或者根据事务的性质或根据惯例，无需预告答复而直接履行给付的情形下，契约自开始履行时起并在履行地成立”。国际组织的一些法律文件规定，以行为方式表示的默示承诺于行为作出时生效，《联合国国际货物

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库